Atelier 1

Quelle assurance responsabilité civile pour demain ?

Président : **Gilles BÉNÉPLANC**, directeur général adjoint d'Axa Global Risks

Intervenants : **Yves BRISSY**, directeur des affaires juridiques de Rhône-Poulenc, **Jean-Michel ROTHMANN,** chef du service économique et juridique de l'Institut national de la consommation, **Pierre SARGOS,** conseiller à la Cour de cassation

Introduction de Gilles BÉNÉPLANC

L'assurance de responsabilité civile rend les assureurs à la fois schizophrènes et perplexes. Cela s'explique assez facilement. Quand on observe l'ensemble des branches de l'assurance non-vie, on voit que peu sont en croissance et que l'une des rares qui croît est l'assurance de responsabilité civile. C'est donc celle qui a le plus grand potentiel. Mais les résultats techniques sont réputés difficiles, la prévisibilité des risques n'est pas grande, et la branche est difficile à maîtriser. Les assureurs français ont compris que leur rôle n'est pas seulement de vendre des contrats d'assurance, mais de faire partie d'un système complexe d'indemnisation des victimes. Notre sentiment est que la place des assureurs dépendra de la qualité générale du système, de leur contribution à son bon fonctionnement et de la qualité des produits qu'ils vendront à leurs clients. Notre but aujourd'hui est d'essayer de comprendre ce système et ses dysfonctionnements et de voir comment on peut l'améliorer.

Intervention de Jean-Michel ROTHMANN

Notre alimentation est de plus en plus saine, et pourtant les risques sont de plus en plus importants, du fait de l'industrialisation de ce secteur : vaches folles, poulets à la dioxine et, pour les cas de fraudes, les huiles espagnoles ou le vin autrichien à l'antigel. Grâce à l'état sanitaire des pays développés, la santé de la population s'améliore, ainsi que sa durée de vie. Mais, paradoxalement, surgissent des risques importants : sang contaminé,

hormones de croissance, maladies nosocomiales, plombages dentaires au mercure, canalisations d'eau en plomb, isolation à l'amiante.

La prise de conscience de la nécessité de protéger les consommateurs, facteur de l'amélioration de la qualité des produits, s'accompagne aussi d'une prise en compte des questions de santé et de sécurité. Et c'est ce domaine de la sécurité des produits et des services qui aura le plus d'influence sur l'évolution des règles de responsabilité dans les années à venir. Ces règles visent à protéger, non seulement les consommateurs, mais aussi d'autres catégories de la population : acquéreurs ou utilisateurs professionnels, tiers… Elles se fondent sur un principe issu de la jurisprudence et que l'on retrouve dans quelques textes : les produits et services doivent présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Cette règle permet de déroger au principe essentiel de libre circulation prévue par le Traité de Rome (article 30).

Les mesures de prévention et la responsabilité pénale

Les progrès scientifiques conduisent à une meilleure connaissance des risques encourus et, naturellement, les mesures préventives destinées à diminuer les risques sont adoptées chaque jour en nombre plus important. Cette évolution n'est pas nouvelle, car, dès 1905, la loi sur les fraudes, intégrée désormais dans le Code de la consommation, avait fait de l'atteinte à la santé un élément aggravant de la tromperie. C'est sur le fondement de ce texte qu'ont été prises bon nombre de règles particulières préventives applicables à des produits ou services particuliers : élimination des produits corrompus et toxiques, normes de sécurité. Ces textes sont assortis de sanctions pénales pour les infractions mettant en danger la santé ou la sécurité des consommateurs.

Plus généralement, le nouveau Code pénal, entré en vigueur en 1994, a créé un délit général de mise en danger « par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement » (article 223-1). A noter que la responsabilité pénale des personnes morales peut être mise en cause sur le fondement de ce texte.

Cette évolution paraît irréversible.

Sur ce point, on peut souligner que le développement de la responsabilité pénale des personnes morales pourrait constituer une solution pour ceux qui s'interrogent sur le développement de la responsabilité pénale des personnes physiques (maires, médecins, etc.) en dehors des cas de faute personnelle. Encore faudrait-il être prudent en la matière, les mauvais choix économiques des décideurs pouvant être directement à l'origine de dommages.

La voie pénale répond, semble-t-il, aux aspirations de l'opinion publique, qui réclame des sanctions en cas de défaut de sécurité des produits ou services, à la fois à titre de réparation sociale et comme outil de dissuasion (jamais plus cela !). En outre, la voie pénale présente indéniablement des avantages en termes de preuves pour la victime.

La responsabilité civile et le risque de développement

Compte tenu de cet environnement, bien évidemment, la notion de responsabilité civile a évolué : on est passé d'une responsabilité pour faute à une responsabilité pour risques.

« Les produits et services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité

à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes » (article L. 222-1 du Code de la consommation). On peut noter que la sécurité absolue n'est pas exigée de la part du producteur. Néanmoins, on tend vers ce résultat. La question du risque de développement en est l'illustration.

Le producteur est exonéré de sa responsabilité si l'état des connaissances scientifiques ou techniques ne permet pas de déceler le défaut. Cette exonération formelle de la directive européenne n'est pas absolue. Elle est, en effet, assortie d'une obligation de suivi pour le producteur : si le produit n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, le producteur doit prendre les mesures propres à en prévenir les conséquences dommageables. Le contour de cette obligation est encore flou, mais elle impose nécessairement de prendre des mesures de traçabilité du produit afin de retrouver les victimes potentielles et de permettre le retrait à la vente des produits. Cette obligation impose aussi au professionnel de surveiller de près l'évolution des connaissances scientifiques et techniques.

Le principe de précaution, fondement d'une nouvelle responsabilité ?

Prendre des précautions sur des risques connus, c'est normal. Mais que faire lorsqu'on se trouve face à l'incertitude ?

Deux attitudes sont possibles :
– soit faire la balance entre les avantages et les inconvénients attendus de la mise sur le marché du produit ou service ; c'est le cas pour les médicaments ;
– soit s'abstenir de produire si la nécessité de cette production ne l'emporte pas sur les inconvénients potentiels. Les organismes génétiquement modifiés (OGM), par exemple. Le consommateur n'a rien à en attendre, que ce soit sur les qualités nutritives ou organoleptiques. Présenter le développement des OGM comme un moyen de vaincre la faim dans le monde est hypocrite. En réalité, il permet aux entreprises concernées d'augmenter leurs profits. Dans ces conditions, mieux vaut s'abstenir de les commercialiser tant que leur innocuité pour l'homme et l'environnement n'est pas certaine. (Vu la polémique actuelle, il sera difficile d'invoquer le risque de développement pour s'exonérer de sa responsabilité.)

Les dernières péripéties relatives au maintien de l'embargo sur les importations de bœufs anglais posent de nouveau, après l'affaire du sang contaminé, la question de la responsabilité des pouvoirs publics, qui pourraient, le cas échéant, être mis en cause pour n'avoir pas pris les mesures destinées à empêcher la mise sur le marché et la circulation de produits non sûrs.

Vers une simplification du droit français ?

Sur le plan des règles, le droit français mériterait une simplification. Les victimes ont aussi besoin d'un système juridique stable. La transposition de la directive européenne, après treize ans de palabres et de pressions de certains acteurs économiques, venant se surajouter aux régimes existants, a rendu encore plus difficile une matière déjà complexe.

Pour les victimes d'un produit défectueux, plusieurs actions sont envisageables, et celles-ci ne se cumulent pas. Selon sa situation, la victime devra choisir en tenant compte des avantages et des inconvénients de chacun des systèmes. La nouvelle action fondée sur l'article 1386-1 du Code civil est plus avantageuse sur certains points, comme la preuve

du défaut, plus facile à apporter pour la victime. En revanche, les dommages causés au produit ne sont pas réparés et les délais pour agir peuvent, dans certaines situations, interdire tout recours sur ce fondement. Enfin, aucune raison ne semble justifier le vieux principe du non-concours entre responsabilités délictuelle et contractuelle. Et il devrait disparaître à terme. D'ailleurs, le régime relatif à la sécurité des produits issu de la directive ne fait pas cette distinction.

L'assurance de responsabilité civile

La société doit prendre les mesures nécessaires à l'indemnisation des victimes : le système d'assurance constitue une des réponses, avec deux modalités possibles : assurance de responsabilité et assurance individuelle.

A choisir, l'assurance de responsabilité est préférable à une assurance individuelle souscrite par la victime.

Le risque de dommage causé par un produit ou par un service constitue bien un risque collectif. Les conséquences financières, la réparation du dommage ne doivent pas être supportées individuellement. Prenons le cas simple d'un appareil qui ne fonctionne plus. On sait que, dans une production X, le zéro défaut n'existe pas, et, malgré les efforts de qualité réalisés par les entreprises, il y aura toujours des appareils qui ne fonctionneront pas ou qui fonctionneront mal en raison d'un vice caché. Est-ce au malheureux acheteur qui tombe sur un mauvais numéro de supporter ce risque et d'assumer seul les frais de réparation ? Non, bien sûr.

L'assurance individuelle proposée par les assureurs est une bonne idée, certes, mais qui présente quelques inconvénients. Elle fait notamment peser sur les victimes potentielles le coût du risque. Mais, surtout, cette formule ne sera pas accessible aux familles les plus modestes.

A priori, il n'appartient pas à un consommateur d'apprécier le contenu des contrats souscrits par les professionnels. On peut néanmoins émettre quelques souhaits, car les victimes sont directement concernées. L'entreprise, l'association, la collectivité locale ou toute autre personne dont la responsabilité à l'égard de consommateurs ou d'autres personnes peut être engagée doit trouver une couverture d'assurance assez étendue pour que les victimes puissent recevoir une indemnisation suffisante, le cas échéant en complément de la part réparation laissée à la charge du responsable par le biais d'une franchise, par exemple.

S'agissant de l'assurance de responsabilité civile, on peut aussi se demander s'il ne serait pas utile de la rendre obligatoire. Pour indemniser les victimes, bien sûr, mais aussi afin d'éviter le phénomène d'antisélection des risques et d'assurer une plus grande mutualité des risques de nature catastrophique. Cette assurance obligatoire pourrait être limitée aux activités les plus risquées : industrie chimique, pharmaceutique, cosmétique…

Toujours pour favoriser l'indemnisation des victimes, il faut éviter les trous de garantie. Toutes les entreprises ne sont pas rompues aux finesses des contrats d'assurance et aux subtilités des clauses d'exclusion. Les variations sur le thème des exclusions paraissent infinies : exclusions des conséquences d'une faute inexcusable, des dommages non accidentels, des dommages prévisibles et évitables, la liste est longue. D'où une exigence de clarté pour les souscripteurs.

Enfin, si les contrats sont limités dans leur objet, ils le sont aussi dans le temps. Prendre la réclamation de la victime comme définition du sinistre est certainement plus facile dans le temps, mais extrêmement dangereux pour la victime, comme pour le responsable d'ailleurs. On peut donc se féliciter de la nullité de ces clauses et souhaiter le maintien de la jurisprudence de la Cour de cassation en ce domaine.

En matière d'assurance, demain, c'était hier : les garanties qui vont jouer demain figurent dans les contrats d'aujourd'hui et ont été élaborées hier. Les assureurs d'aujourd'hui, descendants des âniers de la Haute Egypte, seront-ils capables de répondre aux défis du nouveau millénaire ? Sont-ils prêts à la « grosse aventure » du siècle qui débute ? Les victimes du zéro informatique, du bogue de l'an 2000 auront un début de réponse dans quelques jours.

Intervention d'Yves BRISSY

Je vais essayer d'être complémentaire. Le souci des entreprises n'est évidemment pas de chercher à échapper à leur responsabilité. Il est clair que les entrepreneurs ont une politique de prévention à long terme, car c'est leur intérêt de survivre sur la durée. Cela dit, l'entreprise n'est pas prête à assumer la responsabilité des autres, c'est-à-dire de quelque chose dont elle n'a pas le contrôle opérationnel : responsabilité d'autres producteurs, sous-traitants ou façonniers, responsabilité des collectivités, responsabilité du client imprudent ou responsabilité du hasard. L'entreprise cherche à comprendre, à anticiper les risques et les protections. Le danger, pour elle, c'est l'incertitude juridique. Son souhait est d'avoir des règles claires et bien interprétées et d'avoir la meilleure adéquation possible entre responsabilité civile et assurance, à des conditions compétitives. Je vais développer ce thème autour de trois exemples sur lesquels il existe un flou et où la cohésion entre la responsabilité de l'entreprise et la couverture d'assurance est loin d'être parfaite : les risques de développement, les dommages environnementaux et la distorsion entre plafond de garantie et plafond de responsabilité.

Le risque de développement

M. Jean-Michel Rothmann l'a bien défini. Il existe en droit français une cause d'exonération pour le risque de développement. Cette voie peut être contournée par le consommateur, qui peut utiliser le droit commun s'il parvient à faire la preuve de la responsabilité du producteur au titre du droit commun.

La responsabilité pour faute est la responsabilité classique : il y a un dommage, une faute et une imputabilité. La responsabilité sans faute est admise de plus en plus souvent en jurisprudence lorsqu'il y a un « défaut de sécurité » dans un produit. Dans certains domaines comme la pharmacie, la jurisprudence est moins sévère pour le producteur, compte tenu de la nature des produits dangereux et des autorisations de mise sur le marché par les pouvoirs publics. Enfin, il existe une tendance à créer une responsabilité pour risque : il y a un dommage, une victime, et on cherche à tout prix à établir une présomption de lien de causalité entre les deux. Pour le moment, nous avons échappé à la responsabilité sèche, mais beaucoup de projets communautaires existent, avec beaucoup d'enjeux économiques. Je vous rappelle qu'aux Etats-Unis on en est toujours à la

nécessité pour le producteur ou le pharmacien de démontrer qu'il n'a pas été négligent. On a beaucoup parlé, au moment de l'implantation de la loi du système allemand, de couverture d'assurance avec un plafond. Mais on oublie que, dans le domaine de la pharmacie, l'entreprise a elle-même une limite plafonnée à son risque. L'entreprise ne peut pas accepter de prendre tous les aléas : ce qui n'est pas acceptable par l'assurance (couvrir un risque non quantifiable ou sur lequel il n'y a pas de précédent) ne l'est pas davantage par un chef d'entreprise responsable. Le second critère est la compétitivité. Si une loi avait sanctionné l'innovation en France, il n'y aurait pas eu de recherche. L'Etat accorde par ailleurs des autorisations de mise sur le marché.

Le dommage écologique

Il s'agit du dommage au bien de tous et dont la réparation n'est pas toujours évidente. Il est difficile pour les assureurs de le couvrir. Un projet de livre blanc annonce une directive en matière de responsabilité environnementale. Le problème, c'est le financement : faut-il un système de taxes, d'assurance, d'épargne-pollution ? Et, pour financer la réparation du passé, le coût ne sera pas facile à supporter par une petite entreprise.

Les plafonds

On confond souvent dans les médias le plafond de la responsabilité civile et le plafond de la garantie d'assurance. Un producteur autoassure, en général, le risque acceptable pour l'entreprise et assure le risque catastrophique, pour lequel le résultat de l'entreprise ne serait pas suffisant. On va nous demander de faire l'inverse. Les assureurs vont couvrir les risques de développement et les risques liés à l'environnement et, pour le reste, il faudra s'autoassurer et voir quels seront les plafonds en fonction de la jurisprudence. C'est exactement le contraire de ce qu'un chef d'entreprise raisonnable peut accepter. Celui-ci doit autoassurer ce qu'il peut payer sans mettre à mal son entreprise. On va vers un problème de société : l'indemnisation des victimes. Il s'agit de savoir qui va payer : si les sociétés n'acceptent plus les aléas, il faut que la société accepte de trouver un financement, par l'impôt ou par un prélèvement spécifique.

Je voulais terminer en vous citant une phrase du vice-président du Conseil d'Etat : « Aucun pays ne peut accepter sans réflexion préalable de payer au prix le plus élevé la recherche d'un risque zéro qui n'existe pas, ou l'indemnisation de tout dommage matériel, quelle qu'en soit la cause. »

Intervention de Pierre SARGOS

Aborder le « demain » de l'assurance de responsabilité civile c'est, bien entendu, partir de l'« aujourd'hui », ou plus exactement des évolutions, voire des difficultés majeures qui, en s'amplifiant, sont de nature à avoir une influence sur la couverture du risque.

On évoquera toutefois l'un des éléments de l'« hier », en raison de la persistance de ses incidences sur certains éléments du « demain », c'est-à-dire la prohibition depuis 1990 par la Cour de cassation des clauses dites *claims made*. Le dernier arrêt, rendu le 16 décembre 1997 (Civ. I bull n° 370 et Rapport annuel 1997, page 281), confirme sans ambiguï té que doit être réputée non écrite toute clause qui, selon quelque modalité que ce soit, réduit la durée de la garantie d'un assureur de responsabilité à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré. Dès lors que le fait générateur d'un dommage dont l'assuré est responsable s'est produit pendant la période de validité d'un contrat d'assurance, la garantie de l'assureur est due à la victime, même si son dommage se révèle plusieurs années, voire plusieurs dizaines d'années, après.

On doit convenir que, pour l'assureur, la gestion d'un risque pendant une longue durée est difficile. Et, en réalité, la durée est presque indéterminable, compte tenu du caractère trentenaire de la prescription civile – sauf pour la responsabilité extracontractuelle, où elle est de dix ans – et, surtout, de son point de départ, qui est la manifestation du dommage, ou plus exactement la date à partir de laquelle la victime dispose de tous les éléments (connaissance de son dommage et de l'existence de l'assurance) pour mettre en jeu la garantie de l'assuré. Certes, dans la très grande majorité des cas, il n'y a pas de distorsion temporelle importante entre le fait dommageable et sa manifestation, mais des situations exceptionnelles peuvent se produire. Ainsi, un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 13 juillet 1966 (Civ. II bull n° 791, page 553) fait apparaître un cas où le générateur d'un dommage survenu en 1886 pouvait permettre une mise en cause de la responsabilité d'une société, et, partant, de son assureur de responsabilité en 1886, jusqu'en 1986.

Or, dans deux domaines qui vont être de plus en plus sensibles de l'assurance de responsabilité, c'est-à-dire l'assurance des producteurs de produits et celle des utilisateurs professionnels de ces produits, le facteur temps est difficile à maîtriser.

L'assurance de responsabilité des producteurs de produits

On a beaucoup écrit et parlé à propos de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, qui a introduit en droit français la directive européenne n° 85-374 du 25 juillet 1985, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

Sans entrer dans le détail de trop de nuances, on peut dire, schématiquement, que cette loi, insérée aux articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil, introduit une responsabilité de plein droit des producteurs professionnels (fabricant d'un produit fini ou d'une partie composante, producteur d'une matière première, importateur) et de ceux qui leur sont assimilés (vendeur, loueur – sous certaines réserves – et fournisseur). Cette responsabilité, qui repose sur l'exigence de ne mettre en circulation que des produits offrant une sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, c'est-à-dire des produits sans défaut, doit être appréciée objectivement par rapport à la présentation du produit, à

l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et au moment de sa mise en circulation (article 1386-4 du Code civil).

Les causes d'exonération de cette responsabilité de plein droit sont énumérées à l'article 1386-11, et l'article 1386-13 y ajoute le cas de faute de la victime ou d'une personne dont elle est responsable.

La plus célèbre de ces causes d'exonération est le risque de développement, qui peut être invoqué lorsque l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où un producteur a mis le produit en circulation n'a pas permis de déceler l'existence du défaut.

Mais, dans la réalité des contentieux, cette cause d'exonération sera très difficile, voire impossible, à mettre en œuvre.

D'abord, elle est exclue pour tous les éléments du corps humain ou les produits qui en sont issus. Ensuite, elle est également exclue lorsque le défaut s'est révélé dans les dix ans de la mise en circulation du produit et que son producteur n'aura pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables. Enfin, et surtout, les cas dans lesquels sera admis un risque de développement seront sans doute infimes. Il suffira, en effet, qu'au moment de la mise en circulation d'un produit un doute raisonnable ait été émis par des personnes également raisonnables pour que le producteur ne puisse pas objecter qu'en l'état des connaissances scientifiques et techniques il ne pouvait déceler le défaut. Le principe de précaution, suivant lequel l'absence de certitude d'un risque ne doit pas retarder la prise de mesures de prévention, aura sans doute un effet dévastateur sur l'exonération pour risque de développement.

En réalité, la seule mesure favorable au producteur et à son assureur est la limitation de la garantie de plein droit à une durée de dix ans à partir de la mise en circulation du produit, c'est-à-dire du moment où il s'en est dessaisi volontairement.

Mais cette mesure favorable est anéantie par la possibilité donnée aux victimes par l'article 1386-18 du Code civil d'agir sur le fondement du droit commun, sans condition de délai autre que celui de la prescription de droit commun, au point de départ incertain (en matière de vice caché, il y aura toutefois le « bref délai » de l'article 1648 du Code civil, mais le point de départ de ce « bref délai » correspond à la connaissance du vice par l'acheteur, qui peut être très tardive par rapport au fait générateur).

En outre, pour tous les produits mis en circulation avant l'entrée en vigueur de la loi du 19 mai 1998, il faut tenir compte du fait que la Cour de cassation s'est déjà largement inspirée de la directive européenne du 25 juillet 1985 pour apprécier la responsabilité du fait des produits défectueux, comme elle en avait d'ailleurs l'obligation, car, lorsqu'une directive qui aurait dû être transposée dans le droit national d'un Etat ne l'a pas été, la Cour de justice demande aux juridictions de cet Etat de s'en inspirer dans l'interprétation de leur droit interne.

Trois arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 3 mars 1998 (Civ. I bull n° 94 et JCP 98, II, 10049), le 28 avril 1998 (Civ. I bull n° 158 et JCP 1998, II, 10088) et le 5 janvier 1999 (arrêt n° 17), relatifs à des produits à finalité sanitaire (comprimés médicamenteux, plasma et ampoules de médicament) ont ainsi expressément interprété le droit français à la lumière de la directive.

L'arrêt du 3 mars 1998 concernait un médicament sous forme de comprimés, dont l'enveloppe, afin de permettre une libération lente du principe actif pendant le trajet

intestinal, était composée d'une éponge non digestible destinée à une élimination par les voies naturelles. Mais l'enveloppe d'un comprimé était restée logée dans la région cæcale d'un patient, provoquant une grave inflammation rendant nécessaires deux interventions chirurgicales. La responsabilité du fabricant de ce médicament a été retenue, car, selon la formulation même de l'arrêt de la Cour de cassation, il avait manqué à son obligation de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens, c'est-à-dire un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. La définition de la directive du 25 juillet 1985 – maintenant reprise par l'article 1386-4 du Code civil – est donc expressément retenue.

L'arrêt du 28 avril 1998 concernait du plasma lyophilisé qui avait provoqué la contamination par le VIH d'un patient transfusé. La Cour de cassation, qui précise qu'elle statue sur le fondement des textes de droit interne (les articles 1347 et 1384, alinéa premier, du Code civil) interprétés à la lumière de la directive du 25 juillet 1985, souligne de nouveau que tout producteur est responsable des dommages causés par un défaut de son produit.

L'arrêt du 5 janvier 1999 est encore plus significatif. Il s'agissait d'un médicament en ampoules dont la notice comportait, sous la rubrique mode d'emploi, l'indication suivante : « La forme de conservation des granions étant normalement floculée, il est nécessaire de redisposer le colloï de. Pour cela, placer une ou plusieurs ampoules dans un récipient contenant de l'eau froide. Chauffer jusqu'à ébullition, qu'on maintiendra pendant une minute environ. Refroidir avant l'emploi. On peut chauffer plusieurs ampoules à la fois, la limpidité se maintiendra pendant quelque temps à température normale. » En 1987, un utilisateur de ce médicament mit deux ampoules à réchauffer, mais les laissa trop longtemps, de sorte qu'elles explosèrent et qu'il fut sérieusement blessé aux yeux par des éclats de verre. La cour d'appel n'avait déclaré le fabricant de ces ampoules responsable qu'à concurrence d'un tiers des conséquences de l'accident, en estimant que la victime avait concouru à la réalisation de son préjudice en ne surveillant pas la durée d'ébullition des ampoules. La Cour de cassation, saisie par le pourvoi de la victime, a prononcé une cassation, sur la base, comme dans l'arrêt du 28 avril 1998, de textes de droit interne interprétés à la lumière de la directive du 25 juillet 1985, en énonçant que : « La notice de présentation des ampoules ne mettait pas les utilisateurs en garde contre la violence de l'explosion pouvant se produire en cas de dépassement de la durée d'ébullition mentionnée. »

Cette doctrine de la Cour de cassation est d'autant plus rigoureuse pour les producteurs et leurs assureurs que les victimes bénéficient des avantages de la directive (définition du défaut du produit par rapport à la notion de sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre) sans en subir les limitations introduites par la loi du 19 mai 1998.

L'assurance de responsabilité des utilisateurs professionnels de produits

Beaucoup de professionnels, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de sociétés, utilisent, dans le cadre de l'activité professionnelle qu'ils déploient en faveur des personnes ayant recours à leurs services, les produits et matériaux les plus divers. Il en est ainsi, par exemple, d'un médecin qui, pour exécuter un acte d'investigation ou de soins, emploie un matériel.

Si un dommage physique est causé à ces personnes par les choses utilisées, la tendance actuelle de la jurisprudence est de retenir la responsabilité de leur utilisateur professionnel sans que la victime ait à faire la preuve d'une faute. Il s'agit d'une obligation de sécurité de résultat.

On citera ainsi le célèbre arrêt du « cerceau brisé » rendu le 17 janvier 1995 par la Cour de cassation (Civ. I bull n° 43 page 29). Dans cette affaire, un cerceau mis à la disposition des élèves par une école pour réaliser des exercices de psychomotricité se rompit, et un enfant fut gravement blessé à un œil. Une action fut engagée contre l'établissement d'enseignement, qui, comme on le sait, est tenu à une obligation de moyens en ce qui concerne la sécurité de ses élèves. Mais aucune faute ne pouvait lui être imputée. La Cour de cassation a néanmoins retenu la responsabilité de l'école en énonçant dans un chapeau de principe que : « Contractuellement tenu d'assurer la sécurité des élèves qui lui sont confiés, un établissement d'enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés non seulement par sa faute, mais encore par le fait des choses qu'il met en œuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle. »

Par un récent arrêt n° 1719 P du 9 novembre 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation vient de confirmer cette jurisprudence dans une formulation un peu nouvelle qui tend à éviter une confusion avec le concept de responsabilité délictuelle du fait des choses. Il s'agissait d'une personne qui s'était blessée en descendant d'une table d'examen radiographique. Elle reprochait à son médecin d'avoir manqué à l'obligation de sécurité à son égard. La Cour de cassation a rejeté son pourvoi pour des raisons tenant à l'absence de preuve – qui pèse sur le patient – du fait que cette table d'examen était à l'origine du dommage, mais elle a énoncé dans un attendu de principe que : « Le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins. »

L'idée qui se dégage de cette jurisprudence est que tout produit utilisé par un professionnel pour exécuter une prestation doit être exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens. Si un tel danger se réalise, l'utilisateur en sera responsable de plein droit, mais il aura un recours en garantie contre le fabricant. Il convient toutefois d'observer qu'il n'y aura pas nécessairement de coïncidence entre ce régime de responsabilité fondé sur une obligation de sécurité de résultat et le régime de la responsabilité de plein droit pesant sur le producteur. Ce dernier pourrait ainsi être exonéré si le produit avait été mis en circulation depuis plus de dix ans, alors que l'utilisateur resterait soumis à la prescription trentenaire.

L'assureur de responsabilité de ces professionnels doit prendre en compte cette évolution pour apprécier les divers éléments de sa garantie. Et il devra être d'autant plus attentif que, comme on vient d'en donner un exemple, en ce qui concerne l'utilisateur professionnel du produit, les limitations de la loi du 19 mai 1998 ne joueront pas.

Telles sont, de façon simplifiée naturellement, quelques-unes des réflexions que l'on peut avoir sur les perspectives de l'assurance de responsabilité civile professionnelle de demain.

On ne peut que constater que le facteur temps est important. Le régime, qui remonte à l'entrée en vigueur en 1804 du Code civil, de la prescription trentenaire des actions en

responsabilité n'est manifestement plus adapté à une gestion raisonnable et rationnelle de l'assurance. Il devient urgent de le modifier, même si, pour des dommages apparaissant au-delà d'un délai de dix ans après un point de départ objectif, un mécanisme spécifique d'indemnisation devrait être mis en place.

Intervention de Gilles BÉNÉPLANC

Je vais vous présenter la position des assureurs face à cette problématique complexe. Les assureurs se considèrent comme faisant partie d'un système qui vise à financer une indemnisation juste des victimes par le recours à une technique, la mutualité. Définir le fonctionnement de ce système est un choix de société ; c'est pourquoi nous avons souhaité ouvrir le débat. Nous étions las de nous morfondre sur un passé prétendument heureux et nous avons voulu proposer des réformes au système actuel. Ces réformes figurent dans un livre blanc. Les assureurs recherchent un système efficace pour les victimes, c'est-à-dire qui donne une indemnisation juste et rapide ; s'il ne l'est pas, il ne perdurera pas. Nous souhaitons qu'il soit supportable et prévisible pour les clients, particulièrement pour les grandes entreprises, sur lesquelles une grande partie de la responsabilité est canalisée. Le système doit être pilotable, de façon que les bons assureurs puissent retirer de cette activité un rendement juste sur les fonds propres investis. Nos propositions s'articulent autour de deux axes principaux : retrouver la sécurité dans le droit du contrat et améliorer le fonctionnement général de l'indemnisation des victimes.

Le droit du contrat

Il est difficile de toujours comprendre quel est le droit du contrat applicable aux contrats d'assurance de responsabilité civile. Dans bien des cas, des clauses ont été jugées illicites ; des plafonds de garantie ont été mis en cause ; la liberté d'application de la garantie dans le temps n'existe pas. Certes, les assureurs doivent balayer devant leur porte, et bien des cas remontés à la Cour de cassation étaient de mauvais cas.

Aujourd'hui, le principe d'un plafond de garantie dans un contrat d'assurance n'est pas remis en question, mais les rédactions des contrats n'ont pas toujours été claires à ce sujet. Nous souhaitons que, au terme d'une concertation avec les consommateurs et les pouvoirs publics, on arrive à une définition admise par tous de ce qu'est le plafond de garantie d'un contrat de responsabilité civile. Nous souhaitons qu'au terme de cette concertation la validité de ces clauses soit confortée, soit par la législation, soit par un règlement.

Le développement des contrats donne une place centrale à la liste des exclusions. Notre proposition est identique : bâtir au terme d'une concertation un référentiel des exclusions qui pourrait servir de socle commun aux contrats. Il n'est pas question de rendre ces exclusions obligatoires, mais d'y gagner en clarté et en efficacité.

En ce qui concerne la garantie dans le temps, la Cour de cassation n'est jamais revenue sur la jurisprudence de décembre 1990. Pourtant, on considère que le fait générateur n'est pas la meilleure clause qui existe, même si l'on comprend les motivations qui ont présidé à son choix. Nous proposons de mettre en place un système qui distingue les

grands risques et les risques de masse. Pour ceux-ci, il serait bon de bâtir un dispositif qui évite la plupart des trous de garantie. En ce qui concerne les grands risques, nous souhaitons le retour à la liberté contractuelle. Aujourd'hui, il existe une liberté contractuelle à Londres. Aux yeux des assureurs français, il semble complètement illusoire de vouloir développer la place de Paris sans lui en donner les moyens. Il faut être à égalité avec nos compétiteurs étrangers.

L'amélioration générale du système

La première proposition que nous faisons pour l'amélioration générale du système consiste à pouvoir constituer des provisions d'égalisation. On constate sur le marché de l'assurance de responsabilité civile une diminution du nombre des sinistres, mais une augmentation très forte des montants. Il n'est plus totalement possible de mutualiser tous ces risques sur une seule année ; il faut donc aussi les mutualiser dans le temps. La technique des provisions d'égalisation est connue ; elle s'applique d'ailleurs dans le cas des atteintes à l'environnement.

La loi du 19 mai 1998 permet l'exonération du risque de développement. M. Pierre Sargos a bien montré que l'ancien régime demeure et qu'utiliser cette exonération serait épouvantablement compliqué. Si la sécurité juridique était renforcée, et si le besoin de couverture existe, les assureurs sont prêts à avancer dans ce domaine. Aujourd'hui, le flou du droit du contrat nuit à l'innovation.

Notre dernière proposition concerne la couverture des grandes catastrophes. Pour certains grands sinistres, on atteint la limite du système de mutualité. Je crois que, lorsque les garanties peuvent être insuffisantes, il faut bâtir un système qui allie mutualité et solidarité de façon analogue à ce qui a été fait pour la couverture des dommages matériels pour les catastrophes naturelles. On pense qu'il serait intéressant d'avoir un système d'assurance de catastrophes technologiques, avec un déclenchement par les pouvoirs publics, une gestion par les assureurs à la fois de la cotisation et des sinistres et des mécanismes de réassurance à plusieurs niveaux.

Aujourd'hui, les dysfonctionnements sont nombreux et s'accroissent. Tous, consommateurs, entreprises, magistrats, doivent s'atteler à la réforme du système. Les assureurs français ont essayé de suggérer quelques réflexions dans un livre blanc. Il faut poursuivre la concertation pour déboucher sur des mesures concrètes. La responsabilité civile et son assurance sont des questions trop sérieuses pour qu'on laisse le système dériver sans prendre des décisions de façon consciente et éclairée.

Débat

De la salle : *Si nous utilisions les garanties d'il y a une dizaine d'années, ne serions-nous pas mieux couverts qu'aujourd'hui ?*

Gilles BÉNÉPLANC : Je ne veux pas vous répondre de façon polémique, mais vous simplifiez le propos. Vous oubliez que dans le passé le montant de garantie était généralement le dixième de ce qu'il est aujourd'hui. On a vu les assurés acheter de plus en plus de garanties, et il n'est pas du tout évident qu'en prenant le montant de garantie de 1980 on soit mieux couvert qu'en prenant celui de 1999.

De la salle : *Je voudrais donner l'opinion d'un industriel. J'ai entendu avec beaucoup d'intérêt tout ce qui a été dit. Effectivement, si l'on parle des Etats-Unis, on a parfois un problème lorsque l'on reprend des activités protégées par d'anciens contrats. Si quelqu'un trouvait à s'abriter derrière une notion de garantie* claims made *souscrite sur le marché anglais, est-ce que la réponse ne serait pas en droit français : désolé, c'est contraire à l'ordre public français ? On l'a vu pour des assurances de marchandises transportées, dans lesquelles il n'y avait pas la garantie des actes de terrorisme postérieurement à la loi qui l'a rendue obligatoire en France. Je note, par ailleurs, qu'on reste dans le même système : il y a une grasse vache, continuons à la traire. La* deep-pocket *demeure la* deep-pocket. *Il y a quand même quelque chose que l'on pourrait retenir : le choix d'indemniser une victime correspond à un choix de société. Ce risque ne devrait peser sur l'entreprise que lorsqu'elle est fautive. Il doit y avoir des systèmes d'indemnisation sociaux publics ayant un recours contre les entreprises fautives. Enfin, je pense que nous ne devons pas subir le droit, et que les industriels représentent un poids suffisant pour que l'on mette en place des systèmes qui respectent l'intégrité des entreprises quand elles ne sont pas fautives.*

Gilles BÉNÉPLANC : L'enjeu du départ à Londres pour les assureurs français ne se situe pas sur les cotisations de la partie française. Mon voisin me dit que Rhône-Poulenc fait 22 % de son chiffre d'affaires en France. Si on veut acheter du *claims made*, on peut en acheter pour 22 en France et 78 à Londres. Ce qui embête les assureurs, ce n'est pas de perdre les 22, c'est de perdre les 78.

Jean-Michel ROTHMANN : A partir du moment où le fait dommageable s'est produit en France, que la clause soit incluse dans un contrat signé en France ou en Grande-Bretagne, elle subira le même sort. Cette prohibition des clauses *claims made* n'interdit absolument pas à des assureurs de convenir d'un mécanisme de reprise du passé. Les assurances peuvent neutraliser cette jurisprudence dans la mesure où la victime ne se heurtera pas à un trou de garantie.

Pierre SARGOS : Je voudrais répondre sur la notion de faute. A partir du moment où quelqu'un est victime d'un produit mis sur le marché par un professionnel, il y a une faute implicite du professionnel. Par conséquent, la notion de faute revient à avoir pris inconsidérément des risques. Le dernier exemple de la semaine dernière concerne la Seita au tribunal de Montargis. Les fabricants de tabac, il y a vingt ou trente ans, connaissaient parfaitement les dangers de leurs produits et ont clairement commis une faute en n'indiquant pas clairement au public que le tabac était dangereux. Bien sûr, tout le monde le sait. Il n'empêche qu'ils ont commis une faute d'omission à l'époque.

De la salle : *Qu'en est-il en matière de responsabilité médicale pour les risques sensibles en chirurgie et en anesthésie ? On constate que les intervenants se retirent du marché, parce que la jurisprudence fait peser sur eux une obligation de résultat même sans faute. Que se passera-t-il quand il n'y aura plus d'intervenants pour couvrir ces risques ?*

Pierre SARGOS : En ce qui concerne la Cour de cassation, il est peut-être un peu rapide de dire qu'on fait peser une obligation de résultat sur les chirurgiens. C'est inexact. En l'état, la responsabilité médicale reste de moyens, hormis deux situations particulières : les dommages dont l'origine se trouve dans un produit, un instrument et le risque nosocomial. Vous avez raison de souligner la difficulté dans ce domaine spécifique, qui fait que les assurances ont tendance à se retirer de ce marché, peut-être par une appréciation un peu trop craintive des risques. J'ai entendu dire qu'un ou deux assureurs américains prospectaient fortement le marché français en matière médicale, en considérant que c'est un eldorado à côté des Etats-Unis. Par ailleurs, il est vrai que l'assurance de responsabilité médicale, traditionnellement, depuis une centaine d'années, a une forme mutualiste, avec une base de cotisants réduite. Il y a environ 170 000 médecins, dont 130 000 paient pour leur responsabilité professionnelle des cotisations d'assurance que tout le monde envierait, d'environ 400 à 500 francs par an, mais ce n'est pas le cas des 10 000 médecins qui font courir des risques du fait de leur spécialité : obstétriciens, chirurgiens, anesthésistes – encore que l'évolution en matière d'anesthésie soit très favorable – et ophtalmologues, qui sont à présent les plus exposés aux contentieux. Je conviens qu'il y a un problème majeur. Il faudra sans doute une intervention législative pour trouver une solution. Si l'assurance se retire d'un risque, la situation n'est pas améliorée pour les victimes. L'exemple-type en a été l'assurance de la transfusion sanguine : presque tous les contrats ont été résiliés, et il fut une certaine période pas très lointaine où il n'y avait plus d'assurance. En tout état de cause, il serait inconcevable pour les pouvoirs publics de laisser se développer un tel système. En ce qui concerne le développement de cette responsabilité sans faute, le drame de sa prise en charge tient au fait que les tiers payeurs, et notamment les caisses d'assurance maladie, utilisent cette jurisprudence pour intervenir. Or, les préjudices de nature personnelle exclus du recours des caisses sont parfaitement gérables par le système mutualiste actuel. Les prestations demandées par les caisses peuvent atteindre 15 millions de francs, alors que le préjudice personnel tourne autour de 400 000 francs. Je m'interroge sur le maintien d'un système de droit commun totalement illégitime pour ce type de responsabilité.